



PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://repository.ubn.ru.nl/handle/2066/128332>

Please be advised that this information was generated on 2017-03-09 and may be subject to change.

Strafrecht is schuldstrafrecht

prof. mr. Y. Buruma*

De schuldvraag is in het strafrecht terug van bijna weggeweest. De oratie van Mooij (1997) bood daartoe een belangrijke impuls. In de afgelopen twee jaar verschenen Knoops' proefschrift over psychische overmacht (1998), een bundel met de titel *Verwijtbare uitholling van schuld?* (1998) en twee editorials in het strafrechtelijke vakblad *Delikt en delinkwent*. Ook het feit dat *Justitiële verkenningen* de schuld weer op de agenda zet is een teken van gewicht.

Het lijkt erop dat de strafgeleerden het vrijwel eens zijn, dat in min of meerdere mate in wetgeving en rechtspraak het uithollen en afvlakken van het schuldbeginsel kan worden gesignaleerd en dat dit is te betrouwen. Stolwijk (1998) vat twee tegengestelde tendensen in de wetgeving samen: 'delictsomschrijvingen worden steeds platter en feitelijker doordat opzet en schuld zoveel mogelijk worden weggelaten. Zij zijn obstakels voor een vlotte veroordeling. Schuld is ook op de terugtocht wanneer we dit begrip vergelijken met opzet. Anderzijds is er weer een sterke nadruk op schuld en verantwoordelijkheid. Die nadruk heeft weer de neiging schuld buiten zijn oevers te doen treden. Aansprakelijkheid voor collectief gepleegd geweld wordt bepleit, maar ook de aansprakelijkheid van ouders voor het wangedrag van hun kinderen. We zien dus een versterking van de schuldnotie enerzijds, maar ook een verzwakking van die notie anderzijds door de opkomst van de risico-aansprakelijkheid in het strafrecht'.

De Jong (1999) concludeert, met name lettend op de rechtspraak: 'Er valt niet aan de indruk te ontkomen dat op sommige deelterreinen van het strafrecht het misdrijfbestanddeel opzet geen extra eisen meer meebrengt boven die voor overtredingen geldende schuldeis en dat bij de culpose misdrijven (die worden gekenmerkt door schuld in de zin van onvoorzichtigheid of roekeloosheid, yb) het zelfstandige schuldvereiste op misdaadniveau in veel algemenere zin is uitgevlakt, althans in de rechtspraak van de hoge raad'.

Vermoedelijk geven beide auteurs een breed gedeelde opinie weer. Op grond van de elf deelstudies in de genoemde bundel concludeert De Hullu dat 'over een brede linie een zekere vervlakking van het schuld-beginsel in zijn diverse aspecten dreigt'. Hoewel alleen al uit de citaten blijkt dat de aangehaalde auteurs elk enigszins andere facetten van het in het strafrecht zo divers gebruikte woord 'schuld' belichten, is het verantwoord hun conclusies in onderling verband te beschouwen als overeenstemming over een tendentiële verschuiving van dader- naar daad-

* De auteur is hoogleraar straf- en strafprocesrecht aan de Katholieke Universiteit Nijmegen.

strafrecht, een verschuiving van aandacht voor de individuele beweegredenen van de dader naar de gedraging en zijn gevolgen.

In dit artikel wordt gezien of de tendens van dader naar daad inderdaad waarneembaar is. Of is in de rechtspraak een omslag gaande en krijgen rechters weer meer oog voor individuele beweegredenen van de dader? Hoe moeten we die tendens of omslag waarderen? Bij de beoordeling van deze vragen zal worden begonnen met de strafrechtelijke ontwikkeling met betrekking tot enkele psychische aspecten van het strafbare feit, zoals het voorwaardelijk opzet, de elementaire verwijtbaarheid en aspecten die raken aan (objectieve) rechtvaardigingsgronden maar die samenhangen met de individuele beweegredenen van de dader. Verder volgt de schuld in verband met de strafdoelen en in verband met het onderscheid tussen strafrechtelijk en punitief-bestuursrechtelijk optreden aan de orde.

Toenemende objectivering

Op zich past de gestipuleerde uitholling van het schuldstrafrecht in de ontwikkeling van de afgelopen eeuw. De wetgever van 1886 en auteurs als Pols en Noyon achten rond de eeuwwisseling de bewuste en vrije wilsbepaling – ten aanzien van het doen of laten en ook ten aanzien van het gevolg – cruciaal voor het misdrijf. Volgens de Memorie van Toelichting staat in het wetboek ‘de wil om het feit te plegen dat de wet strafbaar stelt’ voorop en alleen met het oog op zeer ernstige gevolgen is het ook mogelijk roekeloos of onachtzaam optreden te bestraffen. Geleidelijk aan wordt alleen gekeken of het doen of laten zelf is gewild en het gevolg heet nog slechts ‘voorgesteld’: of de dader het gevolg echt heeft gewild doet er minder toe.

Onder invloed van de Moderne Richting in het strafrecht neemt ook het besef toe dat de vrije zelfbepaling van de individu niet steeds geheel vrij is. Enerzijds maakt dit de vraag belangrijk of ander handelen in de gegeven omstandigheden van de dader te vergen was; een normatieve notie die het oorspronkelijke wilsdelen aanvult. Anderzijds stelt dit de legitimiteit van het straffen ter discussie: hoe rechtvaardig is het iemand te straffen die biologisch of sociaal tot misdaad is gepredisposeerd? Leo Polak lost dit laatste probleem op met de gedachte dat de menselijke wil weliswaar vrij moet zijn van dwang, maar dat dit niet betekent dat de wil geen oorzaken buiten zichzelf zou hebben. Dat maakt een ontkoppeling mogelijk van het verwijt dat de dader wordt gemaakt en diens subjectieve gesteldheid ten opzichte van de daad.

Na de oorlog wordt de mens steeds meer aangesproken op zijn verantwoordelijkheden als een rolspeler in een functionele gemeenschap. Naar de leer moeten opzet en culpa (in de delictsomschrijving opgenomen schuld) nog steeds worden bewezen, maar in de praktijk lijkt iemand steeds vaker gestraft te worden vanwege zijn falen om controle op zijn gedrag uit te oefenen. De stelling dat men niet weet dat volgens een (eco-

nomische) wet een bepaalde gedraging verboden is, wordt in 1951 uitdrukkelijk niet relevant geacht (het zogenaamde kleurloos opzet). En wilens en wetens handelen staat vanaf diezelfde tijd gelijk aan zich willens en wetens blootstellen aan een geenszins als denkbeeldig te verwaarlozen kans dat een gevolg intreedt (het zogenaamde voorwaardelijk opzet). Voor beide situaties geldt dat de verdachte in de ogen van de rechter kennelijk maar beter had moeten opletten. Het gevolg is wel dat de opvatting dat er een principieel verschil bestaat tussen opzet en culpa, door steeds meer auteurs opzij wordt gezet voor de gedachte dat er een glijdende schaal is tussen beide. Dat draagt bij aan het denken over opzet en schuld als labels die door de rechter worden toegekend.

Voor al het proefschrift van A.A.G. Peters uit 1966 heeft een theoretische fundering aan deze denkwijze geboden. In de daaropvolgende jaren raakt de eigen wil van de verdachte steeds verder uit beeld (waarbij ook het cliché een rol speelt dat het harde bewijs van wat zich in iemands hoofd afspeelt niet is vast te stellen). Kernvraag wordt de gemakkelijker objectief vast te stellen – en dikwijls uit de daad zelf blijkende – wetenschap van de verdachte. Vaker nog worden (soms impliciete) vergelijkingen gemaakt met criteriumfiguren (de *law abiding citizen*) of wordt een beroep gedaan op het bestaan van een rolgebonden zorgplicht (de zogenaamde *Garantenstellung*). In 1985 wordt het voorwaardelijk opzet dat in de jaren vijftig en zestig had kunnen uitgroeien tot bijna-culpa, weer wat aangescherpt door de eis dat ‘willens en wetens de aanmerkelijke kans wordt aanvaard’ dat het gevolg zou intreden, maar het verschil met het (culpoze) ‘behoren te weten’ is nog steeds gering. Er zijn ook in de recente rechtspraak tal van voorbeelden van ruime interpretatie van opzet, schuld en verwijtbaarheid te noemen. Te denken valt aan gevallen waarin de uiteindelijke toedracht niet overeenstemt met de bedoeling van de dader: de valsemunter die een inbreker uitlokt een kleurenkopieerapparaat te stelen en de kluns komt terug met een zwart-witapparaat waar een valsemunter uiteraard niets aan heeft. De Hoge Raad achtte voorwaardelijk opzet in dit geval bij de valsemunter aanwezig (HR 29 april 1997, NJ 1997, 654). Ieder zal begrijpen dat diens opzet echt niet gericht was op deze uitvoering.

Uitholling schuld in het economisch strafrecht

Voor al in het economische strafrecht lijkt de betekenis van opzet en schuld te worden uitgehold. Dat houdt verband met de aard van het daarmee strafrechtelijk gereuleerde ordeningsrecht. In de hedendaagse samenleving is ieder zich bewust van overal loerende risico's, waarover men zelf geen controle heeft. Om niet door deze risico's verlamd te raken moet men vertrouwen op de controle van anderen (Giddens, 1997, p. 117): we vertrouwen op de kwaliteit van het voedsel dat we eten, op de rijvaardigheid van de tegenligger op de weg, en op de bereidheid van ondernemers om bij te dragen aan de nationale schatkist. Om het vertrou-

wen in stand te houden worden gedragingen strafbaar gesteld waarbij de criminele wil soms vrijwel irrelevant is.

Zo pleegt bij voorbeeld de fabriek die nalaat een milieu-ongeval te melden omdat uiteindelijke schade kon worden voorkomen of hersteld, toch een strafbaar feit om de melding achterwege te laten. Van enige boosaardige intentie is natuurlijk geen sprake, maar in de risico-maatschappij vinden we correcte bureaucratische verwerking (bij voorbeeld met het oog op voorkoming) noodzakelijk om vertrouwen in het systeem te houden. De opkomst van allerlei daarmee verband houdende wettelijke zorgplichten kan in individuele gevallen tot onbevredigende veroordelingen leiden. Toen een man sleutelde aan zijn auto, liep er olie op straat. De man stelde dat hij de olie zou hebben afgetapt, als hij van tevoren had geweten dat dit nog niet was gebeurd. De olie die wegliep heeft hij meteen opgeruimd. De Hoge Raad oordeelde dat dit laatste waartoe de man verplicht was op grond van art. 13 Wbb niet een veroordeling in de weg staat terzake van het niet nakomen van de plicht milieu-verontreiniging te voorkomen (HR 22 november 1994, M&R 1995, 50; zie ook Visser in de bundel).

Uitholling van schuld lijkt een adequate term om de veranderde waardering van de subjectieve omstandigheden in deze eeuw samen te vatten, maar die uitholling is tot op zekere hoogte te begrijpen. We hebben ook in het commune strafrecht geaccepteerd dat de inhoud van de materiële norm – opzet of schuld – niet door de belevingswereld van de verdachte wordt bepaald.

Revitalisering van individuele beweegredenen

Toch zijn er in de recente rechtspraak mijns inziens tekenen die wijzen op een hernieuwde erkenning van de betekenis van de individuele beweegredenen van de verdachten, bij voorbeeld bij het oordeel over voorwaardelijk opzet. Omdat die opvatting in de literatuur (nog) geen gemeengoed is geef ik drie recente voorbeelden. Het eerste betreft het verschil tussen voorwaardelijk opzet en roekeloosheid, dat centraal staat in het beroemde Porsche-arrest (HR 15 oktober 96, NJ 97, 199/AA 1997, 438). Het veroorzaken van een ongeval met dodelijk afloop kan doodslag opleveren, als de verdachte de aanmerkelijke kans dat anderen door zijn gedrag zullen overlijden aanvaardt en op de koop toeneemt. Normaliter doet zich zo'n geval echter niet voor als de verdachte door zijn gedrag ook zijn eigen leven in de waagschaal stelt. Dit in aanmerking genomen en gegeven het feit dat verdachte op een tweebaansweg enkele inhaalbewegingen kort voor de fatale frontale botsing had afgebroken, bracht de Hoge Raad tot cassatie toen een roekeloze rijder wegens doodslag was veroordeeld.

In een tweede zaak, HR 9 juni 1998, NJ 1998, 731, ging het om doodslag met een vuurwapen. Verdachte erkent de woning van het slachtoffer met een mededader gewapend te zijn binnengegaan, maar zegt naar zijn we-

ten niet op het slachtoffer te hebben geschoten en zegt geen opzet te hebben gehad om het pistool te gebruiken. Volgens hem heeft hij het slachtoffer met het wapen in de hand geslagen maar probeerde hij op zeker moment zijn mededader af te houden van het slachtoffer. Tijdens die vechtpartij zou het wapen kunnen zijn afgegaan. Het Hof oordeelde dat er ook van voorwaardelijk opzet sprake is geweest uitgaande van de voorstelling van zaken die verdachte had geschilderd. Maar volgens de Hoge Raad was dat oordeel van het hof niet zonder nadere motivering begrijpelijk. In een eerdere zaak HR 1 juli 1996, NJ 1997, 427 had de verdachte een doorgeladen pistool tegen het hoofd van het slachtoffer gedrukt, waarna het slachtoffer het wapen naar beneden duwde, als gevolg waarvan het volgens verdachte afging en de kogel het slachtoffer in de voet raakte. Volgens verdachte was zijn doel uitsluitend geweest het slachtoffer te dwingen diens wapen af te geven. De veroordeling wegens poging tot doodslag hield in cassatie geen stand omdat de mogelijkheid open was gebleven dat verdachtes voornemen niet erop was gericht het slachtoffer van het leven te beroven.

Ook buiten het domein van het voorwaardelijk opzet zijn voorbeelden te vinden van toegenomen aandacht voor de individuele beweegredenen van de dader. Te denken is aan de iets ruimere benadering van noodweer(exces), zoals in HR 1 juli 1996, NJ 1996, 753 en HR 17 december 1996, NJ 1997, 262 (vervolgd in NJ 1998, 319), maar vooral in HR 29 april 1997, NJ 1997, 627. In deze zaken ging het om verdedigingsachtige situaties, waarbij er reden tot twijfel was over de vraag of de verdediger zou moeten worden geloofd of niet (zie ook NJ 1998, 36). In het verleden was het genoeg om een noodweerverweer te verwerpen met een beroep op het feit dat de verdachte zichzelf in de bedoelde situatie had begeven. In de recente jurisprudentie lijkt dit enigszins te worden bijgesteld: in deze gevallen heeft de verdachte weliswaar enige eigen schuld, maar dat sluit niet uit dat hij zich tegen een onverwacht heftige reactie mag verweeren.

Men versta mij niet verkeerd: nog steeds is niet doorslaggevend wat de verdachte zegt te hebben gewild, maar in mijn ogen is deze rechtspraak wel te begrijpen als erkenning van het belang van de eigen subjectieve intentie van de dader. Dat werkt natuurlijk niet alleen ten voordele van de verdachte. Te wijzen is op het arrest over de man die eerder had meegedaan aan een roofoverval waarbij betrokkenen werden vastgebonden. Dit maal loopt hij naar binnen en ziet dat slachtoffers op gelijke wijze als voorheen zijn vastgebonden. Vervolgens gaat hij weer naar buiten om te wachten op zijn maten en mee te delen in de buit. Hier zou juist een ge-objectiveerde blik doen vermoeden dat verdachte hooguit een medeplichtige was, maar omdat hij zich niet distancieerde van de gedragingen van de anderen werd hij als medepleger aangemerkt (HR 12 november 1996, NJ 1997, 190). Juist in de mentaliteit die blijkt uit het niet distancieren wordt het voornaamste argument gezien om te kunnen spreken van

een gemeenschappelijk opzet. Neen, met 'softheid' heeft de revitalisatie van de individuele beweegredenen niet noodzakelijk van doen.

Individuele beweegredenen en de strafmaat

De vraag is op zijn plaats waarom deze auteur zo'n belang hecht aan de door hem veronderstelde revitalisering van de individuele beweegredenen in de rechtspraak. Is hij niet beducht voor het verafschuwd nationaal-socialistische *Willensstrafrecht*? Ja, maar er dreigt op dit moment een ander mijns inziens nog gevaarlijker strafrecht, wat ik nu maar als een mechanisch daadstrafrecht zal aanduiden. Dat kan vooral ontstaan door toedoen van de wetgever en de richtlijnschrijvers: ik denk daarbij aan de pogingen om via in objectieve termen gestelde richtlijnen de strafmaat vast te leggen en aan de ontwikkeling van door bestuurlijke instanties op te leggen sancties met een punitief karakter.

De kwantitatieve vaststelling van ongelijkheid van strafoplegging in diverse ressorten en arrondissementen heeft bijgedragen aan diverse reacties: wetenschappelijk interessante pogingen tot computerisering van rechterlijke uitspraken, de recente aanpassingen van het straftoemingsbeleid van het O.M. met eerste stappen in de richting van een Amerikaans aandoend puntensysteem en zelfs de samenwerking van rechters om tot strafmaatafspraken te komen.

Sinds het Zwarte Ruitrarrest uit 1957 hebben tal van auteurs verdedigd dat, anders dan de Hoge Raad het – ook nadien met consequente rechtspraak – wilde, straf naar de mate van schuld moet worden toegedeeld. Al is de schuld (in ruime zin) dus naar positief recht niet de enige maatstaf, geen rechter twijfelt erover dat bij de strafoplegging de individuele schuld een van de zwaarst wegende factoren behoort te zijn. Is in de volgende gevallen een verschil in strafmaat immers niet op zijn plaats vanwege de diverse gradaties van opzet: straatrover A steekt het slachtoffer onmiddellijk neer om hem zijn attaché-koffer af te nemen; straatrover B steekt het slachtoffer dat hij bedreigde neer in reactie op het gegil van het slachtoffer; straatrover C raakte in een worsteling met het slachtoffer waarbij het mes op de grond valt, beiden grijpen ernaar en daarbij valt het slachtoffer in het mes. Bewust is een voorbeeld gekozen waarin zeker een straf op zijn plaats is en waar 'zieligheid' van de dader geen rol speelt – en toch zullen de oordelen verschillen. Dat is ook te beargumenteren: voor zover de daad vergolden moet worden, is het verschil afgezien van de te vergelden schuld niet groot; voor zover anderen moeten worden afgeschrokken om roofovervallen te plegen, is er evenmin weinig verschil. Maar met het oog op de speciale preventie, suggereren de verschillende gedragingen niet alleen verschillende beweegredenen maar ook verschillende motieven waardoor de daders zich in de toekomst kunnen laten leiden. In dat verband zal acht worden geslagen op gegevens die zicht geven op de vraag in hoeverre de dader werkelijk in staat is geweest anders te handelen: A wist dat in de attachékof-

fer de dagopbrengst van een winkelier zat; B was een junk en C een scholier die had willen wegrennen, maar is vastgehouden door het slachtoffer.

Strafrichtlijnen: verwaarlozing van individuele beweegredenen

Tot welke ongewenste toestanden een onderschatting van individuele beweegredenen leiden, blijkt uit de Amerikaanse ervaringen met de federale *sentencing guidelines*. Uiteraard waren en zijn er processuele verschillen tussen de Amerikaanse en de Nederlandse systemen: zo ziet de aanklager in veel Amerikaanse staten doorgaans af van een specifieke strafeis. In scherp contrast met het contradictoire *trial* waarbij de rechter (soms extreem) lijdelijk is, stelde de Amerikaanse rechter zich bij de *sentencing hearing* tot 1987 op als degene die geroepen is de ultieme autoriteit van de staat jegens een veroordeelde uit te oefenen. Appel vanwege de strafmaat was niet mogelijk en veel inzicht in de criteria die bij de straftoemeting een rol speelden kreeg men niet. (Vooral in verband met dit laatste kunnen we ons afvragen of het verschil met de Nederlandse situatie – waarin de verschillen per ressort en per arrondissement ons bezig houden en waar dikwijls nogal formalistische strafmaatoverwegingen de boventoon voeren in de strafmotivering – nu werkelijk zo groot zijn.)

Deze situatie leidde in 1987 tot de introductie van de federale *sentencing guidelines*. Deze bepalen niet alleen welke factoren relevant (of irrelevant) zijn voor de strafmaat, maar ook de exacte kwantitatieve relevantie van elke factor (Stith en Cabranes, 1998, pp. 78-103). Steeds moet de rechter bepalen hoeveel punten hij moet optellen of aftrekken, om uiteindelijk de juiste strafmaat in een matrix op te zoeken via een van de zes kolommen met punten voor iemands *criminal history* en een van de 43 rijen *offense level*. De hele gang van zaken dwingt de rechter steeds meer tot een voor derden moeilijk navolgbaar gegoochel met punten, waarbij de indelingen leiden tot nieuwe haarkloverijen: wat is het verschil tussen leiding geven aan een delikt en een sturende (*managerial*) rol, welk verschil tot een andere puntentoedeling leidt? Daarentegen kunnen berouw of volharding van de verdachte, begrip of vergeldingsbehoefte van de zijde van het O.M. en vergeving (of *coulance*) en morele aanmaning van de rechter ook tijdens de zitting nauwelijks meer een rol spelen.

De richtlijnen zijn dwingend, als gevolg waarvan een bijzondere positie bestaat voor de *sentencing commission* die de richtlijnen heeft opgesteld en nadien diverse malen geamendeerd. Volgens deze ambtelijke commissie mogen bepaalde factoren (zoals de sociaal-economische status van de verdachte) nimmer reden zijn om van de matrix af te wijken. Alleen enkele gronden die nu juist voor dit artikel van belang zijn, zoals de mens rea, noodweer, noodtoestand en verminderde toerekenbaarheid mogen reden voor afwijking zijn; in verband daarmee kwantificeert de commissie niet en wijkt zij ook daardoor af van het systeem van de richt-

lijn. In enkele gevallen heeft de rechter deze weg ook gebruikt om bij voorbeeld tot strafverlaging te komen wegens gedrag waaruit na de daad erkenning van de verantwoordelijkheid ervoor blijkt, maar appel-gerechtshoven hebben in diverse andere gevallen afwijkingen (vooral die naar beneden) vernietigd. Hoewel een uitspraak van de Supreme Court uit 1996 (116 S. Ct. 2035, Koon v. US) de hoven instrueert om de afwijkingen te toetsen aan de hand van de *abuse-of-discretion-standard*, letten de hoven, zoals Stith en Cabranes aannemelijk maken, veel preciezer op strafverlagende afwijkingen. Deze hoven lijken enerzijds benaauwd voor uitoefening van discretionaire bevoegdheid – bang om recht te spreken – terwijl ze vervuld zijn van een technocratisch geloof in experts en in centrale planning in plaats dat ze zich vooral laten leiden door de bijzonderheden van het geval en de persoon van de dader.

Deze doorgeschoten toepassing van richtlijnen waarschuwt ons in de eerste plaats om het op zich honorabele verlangen om naar meer gelijkheid in strafmaten te streven niet tot te vergaande consequenties te laten leiden. Het per 1 april 1999 van kracht geworden pakket aan richtlijnen van het O.M. (Stct 1999, 62) abstraheert al in vergaande mate van de individuele beweegredenen en de individuele voor de straf of maatregel relevante factoren. Maar ze binden de rechter niet. In de tweede plaats is het een saillant detail van de *sentencing guidelines* dat juist de schuld de enige factor is waar zelfs deze rigide strafmaatbenadering nog enige ruimte aan de individuele rechter laat. Het is een signaal dat de beweegredenen van de dader wezenlijk zijn voor het strafrechtelijk oordeel, zowel voor het bewijs als voor de straftoemeting. Uiteraard vergt dat nogal wat van de rechter, namelijk een virtuositeit om uit de objectieve omstandigheden een oordeel te kunnen afleiden over de daadwerkelijke subjectieve gesteldheid van de dader. Het is een kleine, maar essentiële sprong die vergelijkbaar (en tot op zekere hoogte identiek) is met het beroemde sprongetje van de objectief aanwezige bewijsmiddelen naar de overtuiging bij de bewijsbeslissing. Dat is voor de strafoplegging nodig zowel in verband met overwegingen van speciale preventie als in verband met overwegingen die voortkomen uit compassie met de dader. Het zou een succes zijn als de lijsten die binnen het O.M. computergestuurd en binnen de zittende magistratuur door raadsheren tot stand worden gebracht inzake de strafmaat, bijdragen aan misschien zelfs nog grotere verschillen – maar meer verantwoorde strafopleggingen.

Strafrecht, punitief bestuursrecht en individuele beweegredenen

Het belang van de strafrechtelijke schuld is ook aan de orde als de blik wordt gewend naar de diverse manieren van handhaving van ordeningswetgeving. Dikwijls wordt benadrukt dat er geen inhoudelijk criterium bestaat ter onderscheiding van strafrechtelijk en bestuurlijk onrecht en dat de toedeling van onrecht aan de betreffende rechtsgebieden daarom kan geschieden op pragmatische gronden (Hartmann, Van Russen

Groen, 1998, p. 47; Huisman, Van de Bunt, 1997, p. 689). Wat gepresenteerd wordt als pragmatische oplossing is echter een verlegenheidsoplossing die geen helderheid verschaft in geval de wetgever voor de keuze staat om al dan niet een punitieve door het bestuur op te leggen boete in te voeren, of de handhavingsautoriteit de keuze heeft tussen een strafrechtelijke of een bestuursrechtelijke, punitieve afdoening (zoals in het fiscale recht). Naar mijn oordeel biedt de schuldvraag een aanknopingspunt voor deze keuzen. In de risicomaatschappij moet nu eenmaal het vertrouwen in het systeem worden verdiend en versterkt door controle en optreden bij vaststelling van overtreding. In dat kader is de term handhavingstekort opgeld gaan doen en als oplossing is gegrepen naar de introductie van door het bestuur op te leggen punitieve sancties: als bestuursorganen (bij voorbeeld in belastingzaken) getarifeerde boetes opleggen na vaststelling van bepaalde vergrijpen dan is, mits wel is voldaan aan het bepaalde in art. 6 EVRM, aanvaardbaar dat daarbij de mate van opzet en/of schuld nauwelijks een rol speelt.

In het bijzondere strafrecht is die benadering naar mijn oordeel echter niet aanvaardbaar: het is een breuk met ons strafrechtelijk systeem. Een goede illustratie biedt de Bakker Bartaak (HR 13 november 1990, NJ 1991, 222). Verdachte bakte deegprodukten af tot brood, waarvan het deeg niet voldeed aan de krachtens de Warenwet vereiste samenstelling; hij kreeg het deeg van een toeleverancier en controleerde iedere twee weken het brood. Noch de rol van de toeleverancier, noch de eigen controle, noch beide factoren in onderlinge samenhang bezien waren voor hof en hoge raad voldoende om afwezigheid van alle schuld aan te nemen. Voor het schuldstrafrecht gaat de uitkomst naar mijn oordeel te ver: zo is niet meer duidelijk wat van een bakker verwacht kan worden (wat een breuk met het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel zou betekenen) of *de facto* is de inspanningsverplichting uit de Warenwet omgezet in een resultaatsverplichting (wat in strijd zou zijn met andere jurisprudentie – NJ 1993, 476 – en met de onschuldpresumptie). Mijns inziens is dit een uitgelezen voorbeeld om via een bestuursrechtelijke sanctie de naleving af te dwingen van de bestuursrechtelijke inspanningsverplichting die nodig is voor het noodzakelijke maatschappelijke vertrouwen in bakkerijproducten.

Wat dit betreft wil ik de mogelijkheid van centraal getarifeerde bestuurlijke boetes zeker niet op voorhand verwerpen (zie ook *Handhaven op niveau*, 1998, pp. 79-82). Maar die tarifiering veronderstelt juist dat opzet en schuld er niet toe doen, behoudens het geval dat de bestrafte totale onschuld aan het vastgestelde feit aannemelijk kan maken. Bij afwezigheid van deze sanctiemodaliteit is 'pragmatische' toepassing van het strafrechtelijk sanctie-apparaat echter onbevredigend. Zo ondermijnen we niet alleen het schuldstrafrecht, maar ontnemen we de regelgever ook een inhoudelijk argument bij zijn keuze tussen het punitieve bestuursrecht en het strafrecht. De wetgever en de handhaver moeten mede – nee: bij uitstek – vanwege de boze intenties van de dader voor het

strafrecht kiezen als zij voor de keuze staan om bepaalde vergrijpen tegen het ordeningsrecht bestuursrechtelijk of strafrechtelijk af te doen.

Slot

Na een periode van relatieve stilte in de gedachtenvorming over strafrechtelijke schuld, staat het onderwerp weer op de agenda. Die relatieve stilte kon worden begrepen in het licht van de twintigste eeuwse ontwikkeling naar een steeds geobjectieerdere wijze van beoordeling van de individuele beweegredenen van de dader. Het leek wel of de echte subjectieve wil van de verdachte er niet meer zo toe deed, zo ver was ons denken opgeschoven in de gedachte dat het de rechter is die schuld toedeelt teneinde te kunnen straffen. Aan de hand van enige recente jurisprudentie van de Hoge Raad is de stelling verdedigd dat een revitalisering van de betekenis van individuele beweegredenen in het strafrecht gaande is. De eerlijkheid gebiedt mij te benadrukken, dat uiteraard nog steeds niet doorslaggevend is wat de verdachte zegt te hebben gewild, maar dat ook nog steeds uitspraken worden aanvaard met een zeer makere weerlegging van een gemotiveerd verweer dat opzet ontbrak (bij voorbeeld HR 24 november 1998, NJ 1999, 156).

Maar er zijn goede redenen om de gestipuleerde revitalisering van de schuld te koesteren. In de eerste plaats onderstreept deze rechtspraak dat in het denken over de strafmaat steeds acht moet worden geslagen op de moeilijk te kwantificeren beweegredenen (alsmede psychische componenten die zich ontwikkelen na de daad zoals berouw, erkenning en inzicht), wat er ook zij van alle (niet eens geheel onbegrijpelijke) pogingen om via regelgeving de straftoemingsvrijheid in te dammen. In de tweede plaats herinnert deze rechtspraak eraan dat we nog steeds een schuldstrafrecht hebben. In de op het bestuursrecht betrokken strafrechtspeling moet zowel de wetgever als de handhaver hier rekening mee houden.

Literatuur

Borgers, M.J., I.M. Koopmans e.a. (red.)

Verwijtbare uitholling van schuld
Nijmegen, Ars Aequi Libri 1998

Commissie bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving

Handhaven op niveau
Deventer, Tjeenk Willink, 1998

Giddens, A.

The consequences of modernity
Cambridge, Polity Press, 1997 (1990)

Hartmann, A.R., P.M. van Russen Groen

Contouren van het bestuursstrafrecht
Deventer, Gouda Quint, 1998

Huisman, W., H.G. van de Bunt
Sancties, organisatiecriminaliteit en milieudelicten

Ars Aequi, 46^e jrg., nr. 10, 1997, pp. 684-697

Jong, D.H. de

*Het strafrechtelijk schuldbegrip;
ontwikkeling of ontbinding*

Delikt en delinkwent, 29^e jrg., nr. 1,
1999, pp. 1-4

Knoops, G.G.J.

Psychische overmacht en rechtsvinding

Deventer, Gouda Quint, 1998

Mooy, A.W.M.

Schuld in strafrecht en psychiatrie

Arnhem, Gouda Quint, 1997

Stith, K., J.A. Cabranes

*Fear of judging; sentencing guidelines
in the federal courts*

Chicago & London, University of
Chicago Press, 1998

Stolwijk, S.A.M.

Schuld

Delikt en delinkwent, 28^e jrg., nr. 10,
1998, pp. 983-987